

Noot bij ABRvS 24 september 2009, RV 2009, 12

1. In deze uitspraak komen verschillende aspecten van algemene ambtsberichten aan de orde. De uitspraak betreft het befaamde ambtsbericht van 29 februari 2000 inzake de veiligheidsdiensten in communistisch Afghanistan, in de wandeling het KhAD/WAD-ambtsbericht. Het gaat met name om de conclusie in paragraaf 2.7 van dit ambtsbericht “dat alle onderofficieren en officieren werkzaam zijn geweest in de macabere afdelingen van de KhAD en de WAD en persoonlijk betrokken zijn geweest bij het arresteren, ondervragen, martelen en soms executeren van verdachte personen”. Op grond van dit ambtsbericht heeft de staatssecretaris van Justitie zich op het standpunt gesteld dat de vreemdeling gezien zijn officiersfunctie persoonlijk betrokken moet zijn geweest bij misdrijven als bedoeld in artikel 1(F), aanhef en onder a en b, van het Vluchtelingenverdrag.
2. Het betreft een lang slepende zaak. Het verzoek om toelating als vluchteling van 4 december 1999 is bij besluit van 3 december 2002 afgewezen en het daartegen ingestelde beroep is op 23 januari 2003 door de rechtbank Zwolle niet-ontvankelijk verklaard. Bij besluit van 26 september 2007 heeft de staatssecretaris een hernieuwde aanvraag opnieuw afgewezen. Bij uitspraak van 18 februari 2009 heeft de rechtbank Haarlem het daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard. Tegen deze uitspraak heeft de staatssecretaris hoger beroep ingesteld. De vraag is nu of de staatssecretaris, anders dan de rechtbank heeft overwogen, zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het ambtsbericht uit 2000 nog steeds ten grondslag mocht worden gelegd aan het besluit van 26 september 2007.
3. Het gaat in casu om een herhaalde aanvraag. Normaliter maakt de bestuursrechter met herhaalde aanvragen korte metten en kan hij deze eenvoudig afdoen. Dat is alleen anders “voor zover in de bestuurlijke fase nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn aangevoerd” (zie r.o. 2.1.1.). Nu het besluit van 26 september 2007 van gelijke strekking is als dat van 3 december 2002 doet zich de vraag voor of inderdaad nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn aangevoerd.
4. De vreemdeling voert verschillende “nieuwe” feiten aan, die alle door de Afdeling worden afgeschoten op één na (zie r.o. 2.1.3.). De “UNHCR-Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992” van 13 mei 2008 gelezen in samenhang met de rapportages van Giustozzi van 2003, 2005 en 2006 zijn documenten die niet voor het nemen van het eerdere besluit konden worden overgelegd. Voorts is niet uitgesloten dat de UNHCR-Note kan afdoen aan het besluit van 3 december 2002. In zoverre heeft de rechtbank volgens de Afdeling terecht geoordeeld dat er sprake is van nieuwe feiten.
5. De Afdeling merkt een ambtsbericht van de minister van Buitenlandse Zaken aan als een deskundigenadvies aan de staatssecretaris van Justitie, waarbij geldt dat van de juistheid van de informatie wordt uitgegaan, tenzij concrete aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan (r.o. 2.2.1.). Naast de genoemde uitspraak van 12 oktober 2001 (AB 2001, 359 en RV 2001, 12) kan ook nog genoemd worden ABRvS 23 december 2003, JV 2004/78. Een ambtsbericht dient op onpartijdige, objectieve en

inzichtelijke wijze informatie te verschaffen, onder aanduiding – voor zover mogelijk en verantwoord – van de bronnen, waaraan deze is ontleend.

6. Het recht op een eerlijk proces dicteert dat al het bewijs overlegd aan een rechter met inbegrip van de daaraan ten grondslag liggende stukken toegankelijk moet zijn voor beide partijen om een procedure op tegenspraak mogelijk te maken. Niettemin komt het regelmatig voor dat, om redenen van bronbescherming, nationale veiligheid of in het belang van nader te verrichten onderzoek, informatie die ten grondslag ligt aan in een ambtsbericht geformuleerde conclusies, niet met de vreemdeling kan worden gedeeld. De vraag die rijst is, in welke mate van het beginsel van wederzijds toegankelijke informatie mag worden afgeweken wanneer vermelding van bronnen of brondocumenten achterwege moet blijven.
7. In het Nederlandse vreemdelingenrecht wordt als volgt met dit probleem omgegaan. Op grond van art. 8:29 lid 1 Awb kan de minister weigeren, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, inlichtingen die ten grondslag liggen aan ambtsberichten te overleggen. Het is aan de rechter om te oordelen of deze gewichtige redenen aanwezig zijn (art. 8:29 leden 3 en 4 Awb). Wanneer dit het geval is, bestaat de mogelijkheid van beperkte kennisneming van deze informatie door uitsluitend de rechtbank, mits de vreemdeling hiervoor toestemming geeft. Wanneer de vreemdeling beperkte kennisneming weigert wordt van de juistheid van het ambtsbericht uitgegaan, tenzij de vreemdeling gemotiveerd de juistheid of volledigheid van het ambtsbericht betwist.
8. Wanneer de rechtbank met uitsluiting van de tegenpartij kennisneemt van de onderliggende stukken, dient deze zich volgens de Afdeling terughoudend op te stellen. De rechter dient zich te beperken tot een oordeel over de zorgvuldigheid van de wijze waarop het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het ambtsbericht is verricht en of de in het ambtsbericht opgenomen conclusies niet onbegrijpelijk zijn, zonder zelf na te gaan of de informatie opgenomen in het ambtsbericht juist is (ABRvS 13 november 2003, JV 2004/22; ABRvS 5 september 2003, 200303012/1; ABRvS 18 september 2006, JV 2006/407).
9. Voor het overige zal het aan de vreemdeling zijn om gronden aan te voeren welke aanleiding zijn voor twijfel aan de juistheid van het ambtsbericht. Vooropgesteld zij dat het ontbreken van kennisname van onderliggende stukken de vreemdeling in een moeilijke bewijspositie brengt. Aanwijzingen dat fouten zijn gemaakt in het onderzoek zijn moeilijk te leveren zonder volledige inzage in brondocumenten. De enkele ontkenning van conclusies getrokken in het ambtsbericht, maar overigens ook het overleggen van contraire rapportages van bijvoorbeeld UNHCR of non-gouvernementele organisaties wordt doorgaans niet gezien als concreet aanknopingspunt voor twijfel aan juistheid of volledigheid van het ambtsbericht (bijv. ABRvS 5 september 2003, JV 2003/480; Rb Amsterdam 10 maart 2006, JV 2006/259; ABRvS 4 juli 2006, JV 2006/346, m.nt. Olivier; ABRvS 10 juli 2006, JV 2006/348; ABRvS 18 september 2006, JV 2006/407).
10. Daarnaast geldt dat ook het besluit dat de staatssecretaris op basis van een ambtsbericht neemt, marginaal getoetst dient te worden. In het ambtsbericht opgenomen conclusies moeten in redelijkheid hebben kunnen leiden tot het ingenomen standpunt van de minister; waarbij de vreemdelingenrechter

uitdrukkelijk niet het eigen oordeel in de plaats van dat van de minister mag stellen (o.a. ABRvS 27 januari 2003, RV 1974-2003, 57 m.nt. Spijkerboer, JV 2003/103 m.nt. Olivier).

11. Het onderhavige ambtsbericht waarin de KhAD en de WAD zijn beschreven mist op de betreffende onderdelen bronvermelding en de vreemdeling heeft geen toegang tot de aan de conclusies ten grondslag liggende stukken. Met verwijzing naar haar uitspraak van 30 november 2004 (JV 2005/49) vermeldt de Afdeling dat zij kennis heeft genomen van de aan het ambtsbericht ten grondslagliggende stukken en heeft overwogen “dat de informatie in het ambtsbericht door de onderliggende stukken wordt gedragen en dat geen sprake is van concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid en volledigheid van die informatie” (r.o. 2.2.3.).
12. De tegenspraak tussen het ambtsbericht en de UNHCR-Note spitst zich toe op de vraag of er sprake was van regelmatige en systematische overplaatsingen binnen de KhAD en de WAD. Het ambtsbericht gaat daarvan uit en trekt dan de conclusie dat alle onderofficieren en officieren werkzaam zijn geweest bij de macabere afdelingen van de KhAD en de WAD en persoonlijke betrokken zijn geweest bij martelingen etc. UNHCR kan daarentegen niet bevestigen dat er sprake was van “a systematic rotation policy” binnen de KhAD/WAD. Daarom zou niet enkel op basis van de functie binnen de KhAD/WAD een vreemdeling artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag kunnen worden tegengeworpen.
13. Hoewel de UNHCR-Note op relevante onderdelen andere informatie bevat dan hetgeen in het ambtsbericht is vermeld, oordeelt de Afdeling – anders dan de rechtbank – dat de UNHCR-Note niet kan worden aangemerkt als een concreet aanknopingspunt voor twijfel aan de juistheid en volledigheid van het ambtsbericht (r.o. 2.2.5.). De UNHCR-Note is gebaseerd op onderzoek van het Bureau van de Hoge Commissaris, “including recent interviews with knowledgeable sources, among them persons who were associated with KhAD/WAD at the time; and discussions with one leading academic expert (Giustozzi) on Afghanistan and particularly KhAD/WAD”. In haar uitspraak van 30 november 2004 heeft de Afdeling reeds overwogen dat de door Guistozzi uitgebrachte rapporten onvoldoende aanleiding geven om aan de informatie in het ambtsbericht te twifelen, nu “...verwijzingen naar de bronnen van de daaraan ten grondslag liggende feiten ontbreken”. De Afdeling erkent dat informatie afkomstig van een gezaghebbende organisatie als de UNHCR in de regel met bijzondere aandacht in de beschouwingen dient te worden betrokken. “Maar nu geen inzicht is geboden in de bronnen die aan de in de genoemde notitie vervatte informatie ten grondslag zijn gelegd, komt reeds hierom aan die informatie geen doorslaggevende betekenis toe”.
14. Dit is toch een gotspe. Ook in het ambtsbericht ontbreekt bronvermelding maar van de juistheid wordt niettemin uitgegaan, terwijl de door de vreemdeling ingebrachte UNHCR-Note – ondanks de lippendienst aan de gezaghebbendheid van UNHCR - juist vanwege het gebrek aan inzicht in de bronnen wordt afgeschoten. Had de Afdeling dan niet ook de UNHCR om vertrouwelijke inzage in de bronnen moeten vragen? De Awb biedt daarvoor de mogelijkheden. Op grond van artikel 8:26 Awb had de Afdeling de UNHCR (of zijn gemachtigde) ambtshalve (of op verzoek van de vreemdeling) in de gelegenheid kunnen stellen als partij aan het geding deel te

nemen (dat gebeurde tenslotte vroeger onder de oude Vreemdelingenwet in het kader van een verzoek om toelating als vluchteling ook!). UNHCR kon dan op grond van artikel 8:28 en 8:45 Awb verzocht worden de verlangde inlichtingen ontrent de bronnen en de “knowledgeable sources” te geven. Voor zover ook UNHCR zijn bronnen wil beschermen bestaat op grond van art. 8:29 Awb evenzeer de mogelijkheid van beperkte kennisneming van deze informatie door uitsluitend de rechtbank/Afdeling, mits de vreemdeling hiervoor toestemming geeft. Art. 8:29 Awb is voor “partijen” geschreven en niet alleen maar voor de minister!

15. In wezen gaat het om de vraag in hoeverre bij een algemeen ambtsbericht zonder bronvermelding toch sprake kan van zijn van een procedure op tegenspraak in geval van betrouwbaar te achten contraire informatie.
16. UNHCR heeft al eerder bij brief van 14 november 2007 aan de minister van Justitie gewezen op de zijn inziens te zware bewijslast voor de vreemdeling bij toepassing van de uitsluitingsgronden in het bijzonder in deze KhAD/WAD-zaken. UNHCR wijst in dit verband in het bijzonder op par. 36 van de Guidelines on the Application of the Exclusion Clauses uit 2003: “Exclusion should not be based on sensitive evidence that cannot be challenged by the individual concerned. Exceptionally, anonymous evidence (where the source is concealed) may be relied upon but only where this is absolutely necessary to protect the safety of witnesses and the asylum-seekers’s ability to challenge the substance of the evidence is not substantially prejudiced. Secret evidence or evidence considered *in camera* (where the substance is also concealed) should not be relied upon to exclude. Where national security interests are at stake, these may be protected by introducing procedural safeguards which also respect the asylum-seekers’s due process rights”.
17. Het gaat dus om de “procedural safeguards”. UNHCR bevindt zich in goed gezelschap. Het EHRM heeft in een reeks van uitspraken nadrukkelijk overwogen dat ook in zaken waarin er mogelijk een gevaar bestaat voor de nationale veiligheid zoveel mogelijk sprake moet zijn van een procedure op tegenspraak. Zie bijvoorbeeld EHRM 20 juni 2002, Al-Nashif t. Bulgarije, Appl. 50963/99, r.o. 137: “Even where an allegation of a threat to national security is made, the guarantee of an effective remedy requires as a minimum that the competent independent appeals authority must be informed of the reasons grounding the deportation decision, even if such reasons are not publicly available. The authority must be competent to reject the executive's assertion that there is a threat to national security where it finds it arbitrary or unreasonable. *There must be some form of adversarial proceedings, if need be through a special representative after a security clearance* (curs. RF).” Ook in de zaak Chahal t. VK (EHRM 15 november 1996, Appl. 22414/93, r.o. 131) stelde het Hof dat zoveel mogelijk gezocht moet worden naar procedurele oplossingen die het belang van nationale veiligheid met een eerlijke procesgang kunnen verenigen: “The court recognises that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved (...). The Court attaches significance to the fact that, as the intervenors pointed out in connection with Article 13 (...), in Canada a more effective form of judicial control has been

developed in cases of this type. *This example illustrates that there are techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice (curs. RF).*”

18. Inmiddels stelt ook het EU-recht eisen aan de asielprocedure. Uit art. 4 leden 1 en 3 Definitierichtlijn en art. 8 lid 2 Procedurerichtlijn volgt dat openbaarheid en samenwerking met de asielzoeker moeten worden betracht, dan wel dat de objectiviteit en betrouwbaarheid van ambts- en deskundigenberichten te toetsen moeten zijn. Hoewel art. 16 lid 1 Procedurerichtlijn een systeem van beperkte kennisname toestaat, zal het gebruik hiervan mede moeten voldoen aan het vereiste van een effectief rechtsmiddel (art. 39 Procedurerichtlijn). Bij de beoordeling of aan dit vereiste wordt voldaan geldt dat nauw moet worden aangesloten bij boven door het EHRM geformuleerde principes. Zie ook Gregor Noll, *Evidentiary assessment and the EU qualification directive*, UNHCR Working Paper No. 117 (2005).
19. Aanhoudende commotie rondom de objectiviteit van ambtsberichten vormde de achtergrond van het in juli 2006 gepubliceerde advies ‘Transparant en Toetsbaar’ van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ). Op het punt van de betrouwbaarheid van aan ambtsberichten ten grondslag liggende informatie komt het advies van de ACVZ onvoldoende tegemoet aan de eisen die uit de jurisprudentie van het EHRM voortvloeien ten aanzien van de omgang met vertrouwelijke brondocumenten. In dit verband kan worden opgemerkt dat niet slechts de procedure voor het tot stand komen van ambtsberichten bijstelling behoeft, maar ook dat de sterke status van het ambtsbericht in de vreemdelingenrechtelijke procedure noopt tot een versterking van de positie van de vreemdeling in deze procedure.
20. Om de kwaliteit van algemene ambtsberichten te verhogen stelt de ACVZ voor een onafhankelijke toetsingscommissie van algemene ambtsberichten in te stellen naar het voorbeeld van het Britse ‘Advisory Panel on Country Information’. Hoe nuttig en aanbevelenswaardig ook het lost de problemen rond vertrouwelijke informatie en brondocumenten en de toegang van de vreemdeling daartoe niet op. Het ACVZ-advies komt onvoldoende tegemoet aan het vereiste van een zo effectief mogelijke procedure op tegenspraak met toegang (eventueel door een onafhankelijke functionaris) tot alle relevante brondocumenten en een volledige rechterlijke toetsing van algemene ambtsberichten ingeval van contraire informatie. Overigens, de aanbeveling van de ACVZ is door de regering niet overgenomen. Zij ziet allerlei principiële en praktische bezwaren (Tweede Kamer, 2006-2007, 19 637, nr. 1128, p. 34).
21. Naar aanleiding van de uitspraak in *Chahal* heeft het Verenigd Koninkrijk de eigen vreemdelingenprocedure aangepast door de instelling van *Special Advocates*. Dit zijn een aantal speciaal daartoe benoemde advocaten die namens de vreemdeling toegang krijgen tot alle vertrouwelijke brondocumenten en in een niet openbare zitting – zonder aanwezigheid van de vreemdeling of advocaat van de vreemdeling – in staat worden gesteld de vertrouwelijke informatie tegen te spreken, evenwel zonder de mogelijkheid getuigen op te roepen of ruggespraak te voeren met de vreemdeling. Het systeem van *Special Advocates* zoals opererend in het Verenigd Koninkrijk is

gemodelleerd naar een soortgelijk stelsel als toentertijd opererend in Canada. Het is duidelijk, dat invoering van “special advocates” in het Nederlandse rechtsstelsel een ingrijpend wetgevingstraject zal vergen. Dat is op zich geen reden om ervan af te zien, maar het is wel zinvol om ook te kijken naar aanpassingen die sneller zouden kunnen worden ingevoerd en toch verder reiken dan de voorstellen gedaan in het advies “Transparant en Toetsbaar” van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken. Immers, de voorstellen van de ACVZ wijzigen niet het uitgangspunt dat aan art. 8:29 Awb ten grondslag ligt en waarbij de rechter volgens vaste jurisprudentie aan een volledige toetsing van het ambtsbericht niet toekomt.

22. De Commissie Meijers heeft daarom voorgesteld een op Nederlandse leest geschoeid systeem van de “special advocates” in te voeren. Het spreekt van zelf dat dit een project van een wat langere termijn is. De Commissie heeft verder gezocht naar mogelijkheden om reeds binnen de bestaande wetgeving zoveel mogelijk tegemoet te kunnen komen aan de eisen die het EHRM stelt bij inbreuken op een procedure op tegenspraak. Zij meent deze gevonden te hebben in het tot nu toe weinig gebruikte art. 8:12 Awb inzake de rechter-commissaris. Zoals in de Wet afgeschermdde getuigen de rechter-commissaris in strafrechtelijke procedures de mogelijkheid wordt geboden in een afgeschermdde procedure de inhoud van een ambtsbericht te toetsen, zou ook in vreemdelingenrechtelijke procedures, waarin met toepassing van art. 8:29 Awb een beroep wordt gedaan op beperkte kennisneming, de rechtbank het vooronderzoek kunnen opdragen aan een rechter-commissaris. De rechter-commissaris kan dan in het kader van het vooronderzoek de inhoud van een ambtsbericht integraal toetsen en een beslissing nemen over de vraag of het ambtsbericht als bewijs in de vreemdelingenrechtelijke procedure kan dienen. Zie Commissie Meijer “Notitie geheime informatie en ambtsberichten in de vreemdelingenrechtelijke procedure” van maart 2007 (CM07-5; www.commissie-meijers.nl). De Tweede Kamer heeft de regering om een reactie op deze voorstellen gevraagd (Tweede Kamer, 2006-2007, 19 637, nr. 1150, p. 5) en dit verzoek in 2008 herhaald (Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 19637, nr. 1238), maar een reactie is tot nu toe achterwege gebleven.

RF